

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

"La notion de famille" , "Repères historiques", "Droit de la famille et société", "La notion de cohabitation de fait", "L'évolution de la cohabitation de fait", "La notion de cohabitation légale"

Fierens, Jacques

Published in:
Familles et désunion

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2010, "La notion de famille" , "Repères historiques", "Droit de la famille et société", "La notion de cohabitation de fait", "L'évolution de la cohabitation de fait", "La notion de cohabitation légale". Dans *Familles et désunion: commentaire pratique - Supplément 21*. Kluwer, Waterloo, p. Feuillet mobile.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

0.1. La famille est largement un phénomène culturel. Bien que la notion de famille soit ...familiale, elle est imprécise et évolutive. Les transformations du droit qui la concerne contribuent elles-mêmes à ses mutations. Les problèmes liés à la plasticité du concept de famille se poseront au législateur, aux tribunaux et aux commentateurs. Nos représentations culturelles influencent le droit, qui, à son tour, modèle nos idées dans une relation de causalité circulaire.

0.2. L'étymologie renvoie à *famulus*, qui signifie «serviteur». L'expression vise à l'origine l'ensemble des personnes vivant sous l'autorité du *pater familias* romain.

0.3. Le *Petit Robert* (1990) donne la définition suivante: «Les personnes vivant sous le même toit, et spécialement le père, la mère et les enfants». Au sens large, il s'agit de «l'ensemble des personnes liées entre elles par le mariage et par la filiation ou, exceptionnellement, par l'adoption». Claude Lévi-Strauss évoque «l'union plus ou moins durable et socialement approuvée d'un homme, d'une femme et leurs enfants». Cette dernière définition a le mérite d'attirer l'attention sur l'importance de la validation sociale dans l'identification des groupes familiaux.

0.4. Pendant longtemps, la «famille» n'a pas été un concept juridique en droit interne. Aujourd'hui, le droit civil ne la définit pas, mais certaines définitions parcourent la législation communautaire. Ainsi, au sens de l'article 1^{er} du décret du 12 mai 2004 du Conseil de la Communauté française relatif à l'aide aux enfants victimes de maltraitance, mais pour l'application de ce décret uniquement, la famille est constituée par les personnes avec qui l'enfant est dans un lien de filiation, le tuteur et le protuteur et les personnes exerçant une fonction parentale ou composant le milieu familial de vie de l'enfant. Aux termes de l'ordonnance du 29 avril 2004 de l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune relative à l'aide à la jeunesse, pour l'application de cette ordonnance, il faut entendre par famille: les personnes avec qui le jeune est dans un lien de filiation, ainsi que le tuteur et le protuteur. Le droit social admet une notion large de famille dans divers domaines, comme celui des accidents du travail ou de l'aide sociale. Ainsi, aux termes de l'article 14, § 1^{er}, alinéas 4 et 5, de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, «Par famille à charge, on entend le conjoint, le partenaire de vie, l'enfant mineur non marié ou plusieurs enfants parmi lesquels au moins un enfant mineur non marié. Par partenaire de vie, on entend la personne avec qui le demandeur constitue un ménage de fait.»

0.5. La notion juridique de famille a été indirectement reconnue en droit constitutionnel par l'insertion de l'article 22, ainsi libellé: «Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit.»

0.6. Cette disposition s’inspire de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme. A son sujet, la Cour européenne des droits de l’homme, dès l’arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979¹, a précisé que la famille n’implique pas le mariage: «En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l’article 8 présuppose l’existence d’une famille. La Cour marque son plein accord avec la jurisprudence constante de la Commission sur un point capital: l’article 8 ne distingue pas entre famille ‘légitime’ et famille ‘naturelle’.» (arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 31).

0.7. Par ailleurs, une famille peut exister après la cessation du mariage: «Il échet de noter d’emblée que les enfants vivaient auprès de leur mère depuis deux ans – depuis qu’elle avait quitté avec eux le domicile conjugal – au moment où la Cour suprême l’obligea, le 3 septembre 1986, à les restituer à leur père. Dès lors, l’arrêt ainsi rendu s’analyse en une atteinte au droit de l’intéressée au respect de sa vie familiale.» (arrêt *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993, § 29)².

0.8. Une place spécifique est en outre faite à l’enfant dans la Constitution, à travers l’article 22bis introduit par la loi du 23 mars 2000, et dont les alinéas 2 et suivants ont été modifiés par la loi du 22 décembre 2008.

0.9. En principe, la famille n’est pas en tant que telle un sujet de droit. Elle n’a pas de personnalité juridique. Toutefois, les traités internationaux lui confèrent des droits. Ainsi, selon l’article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, «La famille est l’élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l’Etat.» En droit social belge, «Sans préjudice des dispositions de l’article 57ter, le centre public d’aide sociale a pour mission d’assurer aux personnes et aux familles l’aide due par la collectivité.» (art. 57, § 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d’action sociale).

0.10. On parle par ailleurs (depuis 50 ans...) de créer un «tribunal de la famille» qui réunirait les compétences actuellement dispersées entre le juge de paix, le tribunal de première instance, le président du tribunal de première instance et le tribunal de la jeunesse.

¹ Cour eur. D.H. (Cour plénière), n° 6833/74, 13 juin 1979 (*Marckx*), *Public. Cour eur. D.H.*, 1979, série A, n° 31; *R.W.*, 1979-80, 947-959; *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 227.

² Cour eur. D.H., n° 12875/87, 23 juin 1993 (*Hoffmann / Autriche*), *J. dr. jeun.*, 1993, liv. 129, 25; *J. dr. jeun.*, 1994, liv. 138, 41; *Rev. trim. dr. h.*, 1994, 405, note, J. MORANGE; *J.J.P.* 2002, liv. 5, 245, note N. DANDOY.

Section 1

La préhistoire

1.1. La famille est le berceau du droit, tout comme le droit permet la constitution de familles. Les premières règles de vie en société, en effet, ont sans doute concerné les relations familiales. Il y a 1,6 millions d'années, le très lointain ancêtre de l'*homo sapiens sapiens*, l'*homo erectus*, institue probablement déjà une régulation de la fécondité par l'infanticide, le retardement de l'âge auquel sont autorisées les relations sexuelles ou les tabous limitant les périodes de rapports sexuels licites. Sans ces mesures, la population humaine aurait, semble-t-il, rapidement dépassé ce que permettaient les ressources disponibles.

1.2. La prohibition de l'inceste, règle de droit familial, qui pour Claude Lévi-Strauss n'a rien de «naturel» – car, si tel était le cas, pourquoi les sociétés auraient-elles formulé l'interdit avec tant de constance et tant de rigueur ? – a été dès l'origine la condition même de la vie en société. Cette prohibition est la règle commune à toutes les cultures, à toutes les civilisations et à tous les systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace.

1.3. On a retrouvé de très anciennes sépultures rassemblant les membres d'une même famille; la langue indo-européenne, sans doute à l'origine du grec, du hittite et du sanscrit, porte les traces de liens d'alliance et de filiation, patriarcale et patrilineaire, indiquant que le mariage, dans les communautés où cette langue s'est formée, est virilocal, c'est-à-dire que les jeunes couples doivent habiter dans la communauté des parents de l'homme.

1.4. On suppose que des règles relatives à la différenciation des sexes ont existé aussi dès la préhistoire, fondées sur la recherche de la nourriture. Les femmes avaient besoin de protides et de phosphore pour le développement du fœtus, tandis que les hommes avaient besoin surtout de graisses et d'hydrates de carbone pour la traque du gibier. Les unes et les autres ne cherchaient pas uniquement leur propre nourriture. La femme cueillait, ramassait les tubercules, l'homme chassait et pêchait. La nourriture était ensuite partagée ou échangée. La femme était en outre vraisemblablement chargée de l'entretien du feu (on parle d'ailleurs toujours de la «femme au foyer» ...).

Section 2

Le droit romain

2.1. En droit romain – pour faire déjà un immense bond dans l’histoire –, le droit de se marier était réservé aux citoyens, ce qui indique que ce droit a d’abord été, selon la terminologie d’aujourd’hui, davantage un droit «politique», c’est-à-dire une forme de participation à la puissance publique, qu’un droit «de l’homme». Le mariage était fondé sur la monogamie et la prohibition de l’inceste. Il n’était pas soumis à des formes légales, donnant lieu uniquement à des cérémonies privées. Le consentement n’était pas seulement requis au moment de sa conclusion mais devait perdurer (*affectio maritalis*). Le divorce était donc possible, et il était fréquent. Les deux formes admises étaient celles du divorce par consentement mutuel et du divorce-répudiation; dans le premier cas, le consentement était considéré comme pouvant défaire ce qu’il avait fait; dans le second, il était la conséquence du pouvoir marital: à sens unique, il permettait au mari de répudier sa femme.

2.2. La différence de statut entre les enfants légitimes et naturels était par ailleurs radicale.

2.3. L’adoption était connue, mais elle concernait surtout les adultes. Elle ne visait pas à donner un foyer à des enfants, mais à permettre au *pater familias* de renforcer la puissance de la *domus* qu’il dirigeait, et spécialement de se donner des héritiers.

Section 3

Le christianisme et le droit canonique

3.1. Avec l'affaiblissement des pouvoirs du *paterfamilias* romain ou du *mainbour* germanique (de l'ancien allemand *Munt*, bouche, parole, protection, et *beran*, porter), l'autorité publique, religieuse ou civile, prend le relais au sein d'une institution familiale qui a relevé longtemps du droit strictement privé.

3.2. Sous l'influence des Pères de l'Eglise, et spécialement de Saint Augustin (voir *De bono conjugali*, écrit en 404), une théorie du mariage chrétien s'élabore, incluant la monogamie, la liberté du consentement – insistance constante de l'Eglise, indéfiniment contrée par les mœurs jusqu'à une époque récente –, la prohibition de l'inceste, le caractère illicite des relations sexuelles hors mariage et le principe de l'indissolubilité. Un passage de l'Évangile selon saint Matthieu qui a cependant toujours été l'objet de controverses, à propos de l'interdiction de renvoyer l'épouse, ajoute l'incidente: *παρεκτὸς λόγου πορνείας* (*parektos logou porneias*) (5, 32), que l'on traduit d'habitude par «sauf le cas de fornication», ou *μὴ ἐπὶ πορνείᾳ* (*mè épì porneia*) (19, 9), «si ce n'est pour mauvaise conduite», réserve qui ne figure pas dans les passages parallèles de Marc (10, 11) et de Luc (16, 18). L'opinion commune interprète ce texte comme autorisant le renvoi de l'épouse adultère (cf. déjà Origène, Tertullien). Le mariage, selon Augustin, a pour fin la procréation, mais aussi l'apaisement de la concupiscence, ce qui représente une forme du secours mutuel que se doivent les époux (Saint Thomas, près d'un millénaire plus tard, reprendra cette approche).

3.3. A partir du X^e siècle, le droit canonique s'élabore et, dans un régime de chrétienté, régit le droit de la famille. A l'origine, il considère le mariage comme un contrat informel n'impliquant pas l'intervention d'un prêtre. Pour que le sacrement soit acquis, il suffit que soient réunis le consentement des époux et l'acte de chair.

3.4. Le concile de Trente (1545-1563), moteur de la Contre-réforme catholique, décrète que le mariage doit être célébré devant le curé de la paroisse de l'un des deux fiancés et devant deux témoins, afin d'en assurer la publicité. Celle-ci doit permettre à l'Eglise d'en contrôler la régularité.

3.5. L'indissolubilité du mariage est une des occasions de conflits entre les catholiques, d'une part, les protestants et les anglicans, d'autre part. La théologie catholique enseigne le principe de l'indissolubilité: si des nullités du mariage sont admises – notamment dans le cas de non-consommation –, le divorce est toujours condamné puisque le mariage est un sacrement. L'Eglise orthodoxe ainsi que les

doctrines luthérienne et calviniste concluent de l'incise de Matthieu que le droit de divorcer et de se remarier existe en cas d'adultère du conjoint.

3.6. La séparation de corps dite *divortium quoad torum et mensam*, littéralement séparation «de lit et de table» (le Code civil belge reprend en néerlandais l'expression «scheiding van tafel en bed»), est admise. La théologie protestante diffère de la théologie catholique par le fait qu'elle ne considère pas le mariage comme un sacrement. Elle admet le divorce en cas d'adultère, en cas d'abandon, en cas d'aliénation mentale, peut-être même, selon certains, en cas d'impossibilité d'aimer.

Section 4

La Révolution française

4.1. Les philosophes du XVIII^e siècle sont favorables au divorce; Montesquieu parce qu'il pense que le maintien artificiel du mariage est de nature à nuire à la natalité, Voltaire parce que les règles de l'Église lui paraissent contraires à la nature et au bon sens, Diderot et Rousseau au nom de l'intérêt des enfants (qui n'est donc nullement une invocation récente).

4.2. La conception contractuelle du mariage, qui s'impose alors a pour conséquence qu'il doit pouvoir être rompu librement par un autre accord des deux parties, puisque la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention. Cette approche entraîne, après la Révolution, une ouverture large des cas de divorce, notamment par consentement mutuel, répudiation unilatérale ou incompatibilité d'humeur. Le corollaire est la disparition de la séparation de corps. Dès l'an VII, une union sur trois sera dissoute par divorce. Le mariage, désacralisé et laïcisé, ne perd pas pour autant son caractère solennel. Les révolutionnaires imaginent un rite civil devant le représentant du peuple et la communauté à laquelle appartiennent les époux, à l'origine des formes du mariage civil actuel.

Section 5

La Code napoléonien

5.1. Le Premier consul et les rédacteurs du Code civil prétendent réagir contre les abus. Sans revenir à l'interdiction du divorce, leur intention est, comme en de nombreux autres domaines du droit privé, de faire œuvre de compromis. Au «divorce-faillite» issu de l'esprit révolutionnaire succède le «divorce-sanction». Bonaparte lui-même, sans être hostile au divorce (qui aurait pu l'intéresser personnellement...), fait adopter le principe de l'admission pour causes déterminées, c'est-à-dire pour fautes invoquées par le conjoint innocent. Le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et le divorce par consentement mutuel maintenu, mais il ne peut aboutir qu'au terme d'une procédure si complexe qu'il en devient exceptionnel.

5.2. Le Code civil de 1804 exprime ainsi la «faveur du mariage», c'est-à-dire qu'il donne des effets juridiques plus favorables au mariage qu'au concubinage, pour des raisons essentiellement patrimoniales. La filiation «légitime» et la filiation «naturelle» sont distinctes, au préjudice des enfants naturels discriminés. L'idéologie de l'époque craint avant tout le fractionnement des biens des familles bourgeoises, c'est pourquoi les enfants illégitimes n'ont entre autres aucune vocation successorale.

Section 6

L'évolution récente en Europe

6.1. Depuis 25 ans, le droit de la famille se transforme à une vitesse prodigieuse. C'est d'ailleurs sans doute un nouveau rapport au temps, surtout de la part des adultes, institué par la culture actuelle, qui rend le mieux compte des mutations actuelles du droit de la famille.

A l'évidence, la « faveur du mariage » a disparu dans le chef du législateur.

6.2. Cette « faveur », qui se mue en contrôle, se maintient toutefois très fermement, de manière discriminatoire, lorsqu'il s'agit de reconnaître des unions conclues avec un étranger ou entre étrangers (application des articles 27, 31, 46 ou 47 du Code de droit international privé), de prévenir les mariages simulés (art. 167, al. 1^{er}, du Code civil) ou d'en contester la validité (art. 146*bis* du Code civil).

6.3. La cohabitation de fait est courante et socialement acceptée. La cohabitation légale a été instaurée. Le mariage est une forteresse assiégée: ceux qui sont dehors veulent rentrer et ceux qui sont dedans veulent sortir. Il a fait l'objet d'une véritable révolution en s'ouvrant aux couples homosexuels. Le divorce a progressivement été facilité, avant de subir une transformation radicale à travers la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce qui court, c'est le cas de le dire, derrière une accélération radicale de la procédure et une facilitation considérable du démariage.

6.4. La filiation rejette toute discrimination entre enfants nés dans le mariage ou en dehors de celui-ci (la seule exception qui demeure, contestée, concerne les enfants incestueux). L'importance de la volonté dans l'établissement du lien filial est de plus en plus soulignée, notamment à travers la notion de parentalité, qui se détache de la filiation biologique.

6.5. L'adoption a été favorisée au nom de l'intérêt de l'enfant, a été ouverte aux couples homosexuels et s'est internationalisée.

6.6. Le droit de la tutelle a été réformé.

6.7. Les règles juridiques sont fluctuantes et les points de repère éthiques évanescents.

Section 1

L'importance des relations familiales et les limites de leur appréhension par le droit

1.1. Les relations familiales déterminent, sur le mode du manque ou de la satisfaction, notre être tout entier, de notre naissance à notre mort. Elles sont les plus originaires, les plus denses, donc les plus complexes parmi tous les rapports humains.

1.2. Ceci explique qu'encore aujourd'hui, le droit familial est la branche la plus profondément ancrée dans une culture donnée et celle qui est relativement la plus résistante aux transformations et à la mondialisation du droit (comp. les institutions familiales européennes et celles qui prévalent dans le monde islamique ou en Afrique noire, par exemple). Réglementer les relations familiales est un immense défi pour le droit. Elles débordent de loin les registres dans lesquels la norme, telle qu'elle est conçue aujourd'hui dans nos régions, est en mesure de s'exprimer, c'est-à-dire le défendu, le permis et l'obligatoire. En cas de crise de la relation entre adultes, ou entre adultes et enfants, la norme et sa mise en œuvre seront toujours frustrantes.

1.3. La relation d'amour en tant que telle a été depuis longtemps rejetée du droit occidental, parce que considérée comme non juridique, contrairement aux tentatives du droit grec et du droit sémitique (la *Torah*) qui intégraient la *philia* ou l'*agapè*. Le droit de la famille est une réduction, une simplification de cette relation sociale spécifique entretenue ou non avec des proches¹.

¹ Voir, pour approfondir la réflexion, J. FIERENS, «Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour», dans *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 911-926.

Section 2

Les modèles familiaux

2.1. Emile Durkheim (1858-1917) avait déjà attiré l'attention sur la mutation et la multiplication des modèles familiaux dans nos régions: la horde, le clan, la tribu, la famille agnatique (famille descendant d'un même ancêtre masculin), la famille patriarcale, la famille conjugale ou nucléaire¹.

2.2. Plus récemment, Louis Roussel propose de repérer différents modèles de familles. Le modèle renvoie à des finalités qui donnent leur vérité à certains traits spécifiques et rendent cohérents attitudes et comportements. Il va de soi que dans la réalité existe souvent une pondération entre les différents modèles².

2.3. Chaque modèle entraîne une attitude spécifique à la loi, à l'institution, et donc au droit.

2.4. Comment choisit-on un modèle ? Deux facteurs sont prépondérants:

- les contraintes socio-économiques: on écartera les choix impossibles;
- l'influence culturelle, si l'on entend culture au sens large d'éducation, de croyance religieuse, etc.

2.5. Une des règles sociologiques les plus stables est l'endogamie sociale et culturelle, qui fait que l'on se rapproche ou que l'on épouse de préférence une personne de son milieu, de sa culture, de son niveau social. L'endogamie géographique est par ailleurs encore importante malgré la plus grande mobilité des familles.

§ 1. La famille traditionnelle

2.6. La famille traditionnelle est la famille ancienne – du moins sous nos latitudes –, la «grande famille» ou «famille-souche»: un ancêtre groupe autour de lui tous les descendants mâles et leur famille restreinte. Elle est le cadre où les fils continueront à vivre avec leur femme, venue d'ailleurs, et leurs enfants. Elle se caractérise par une solidarité institutionnelle et se justifie avant tout par la survie du

¹ Voir «La Famille conjugale», cours de 1892, *Revue philosophique*, 1921; *Textes*, t. III, Paris, éd. de Minuit, 1975.-

² Voir L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, éd. Odile Jacob, 1989. Voir aussi B. BAWIN-LEGROS, *Familles, mariage, divorce*, Liège, P. MARDAGA, 1988; de la même *et alii*, *Belges toujours. Fidélité, stabilité, tolérance. Les valeurs des Belges en l'an 2000*, Bruxelles, De Boeck, 2001. A. BURGUIÈRE *et alii*, *Histoire de la famille*, Paris, éd. Armand Colin, 2 t., 1986. E. ROUDINESCO, *La famille en désordre*, Paris, Fayard, 2002.

groupe. La famille est large. Le sentiment d'amour ou d'affection à l'égard du conjoint n'est, au mieux, qu'un accident heureux. La stabilité est indispensable.

2.7. Les enfants prolongent le groupe dans le futur. Avoir une descendance donne un statut dans la communauté (*cf.* actuellement en Afrique notamment). L'enfant est assujéti au groupe, d'où l'importance de l'obéissance, des devoirs de l'enfant à l'égard de la communauté et de ses parents, de l'importance du nom. Il n'a guère de choix d'orientation de sa vie.

2.8. La loi ne se discute pas: elle est la condition de survie du groupe et son respect une condition d'intégration.

§ 2. *La famille moderne*

2.9. La famille «moderne», qui ne l'est plus guère, renvoie à un modèle apparu au XIX^e siècle et largement prédominant jusque vers 1970.

2.10. Les relations de couple incluent la recherche du bonheur et l'importance du sentiment amoureux. La famille contribue à la recherche du sens de la vie.

2.11. L'enfant fait partie de l'histoire du sens, il prolonge la quête des parents. Il est délégué pour être ce que les parents auraient voulu être. Ainsi s'explique la relative sévérité de l'éducation, condition de promotion sociale. Les parents ont tendance à «se sacrifier». Si le nom de famille ne veut pas encore dire grand-chose, il s'agit de le forger. Le risque de culpabilisation de l'enfant existe s'il ne réussit pas à correspondre aux espoirs de ses parents, d'où une rupture éventuelle entre eux. La famille moderne s'organise spontanément autour de l'enfant. La fécondité y est généralement faible.

2.12. Le respect de l'institution a beaucoup d'importance. La loi est considérée comme un guide vers le bonheur: elle est considérée en harmonie avec la nature, elle est éducatrice. L'institution décide en dernier ressort. C'est la raison pour laquelle dans ce type de familles, la divortialité est peu élevée.

§ 3. *La famille fusionnelle*

2.13. En ce qui concerne les relations de couple, la famille fusionnelle se caractérise par le refus du désenchantement amoureux. La capacité de s'émouvoir, de créer le pathétique demeure une constante exigence. On revendique le bonheur «au comptant». Ce type de famille favorise la cohabitation juvénile et l'amour «libre». Parce que le désenchantement amoureux est en réalité inéluctable, du moins dans son expression fusionnelle, la probabilité de rupture est élevée. Si les partenaires ont choisi le mariage (il est souvent assez tardif), la divortialité est importante. En

cas d'échec, la rupture est souvent tumultueuse. On recommencera volontiers, dans des délais plus ou moins brefs, avec un autre partenaire. Les désenchantements successifs pourront provoquer, surtout pour la femme, une solitude précoce.

2.14. L'enfant est considéré comme l'expression de l'amour du couple. Il doit confirmer la qualité du sentiment. Il est le double imaginaire du couple. Dans ce type de famille, l'idéal est d'avoir deux enfants, un garçon et une fille. Un trop grand nombre pourrait déséquilibrer l'équilibre familial au préjudice des amants. L'enfant devient un bien précieux et rare. Le risque est qu'il soit trop aimé, au sens de mal aimé, et qu'un risque de chantage au sentiment de la part des parents apparaisse. L'enfant est peu autonome: il est pris dans un conflit entre sa loyauté à l'égard des parents et son projet d'exister selon sa propre identité. L'éducation est peu directive. On attache de l'importance à la spontanéité et à l'authenticité, comme dans le sentiment amoureux.

2.15. La loi n'est pas le fondement de la famille, elle n'est même pas une référence significative. Au contraire, on estimera facilement que l'institution, et avant tout le mariage, donnent une fausse image de la famille, à la limite hypocrite, et risquent de nuire à l'intensité du sentiment amoureux.

§ 4. *La famille-club*

2.16. En ce qui concerne la relation de couple, la famille-club se veut réaliste. Elle tend à éviter les risques d'une fusion amoureuse, éventuellement en raison d'un échec précédent. Le souci de sa propre indépendance et de celle du partenaire prédomine. Une comptabilité plus ou moins explicite des gratifications et services échangés, une arithmétique des bénéfices et des coûts sont élaborées. Souvent d'ailleurs, le couple se reportera à ce qui est mesurable: l'argent, le temps. Le pouvoir de rompre l'association, si elle est déficitaire, est reconnu.

2.17. On peut distinguer deux sous-ensembles dans la famille-club. Le premier maximise les bénéfices: le couple multiplie les nouvelles expériences, recherche de nouveaux loisirs, de nouvelles relations sociales. La divortialité est élevée: l'association est résiliable, les nouvelles expériences ne font pas peur. Dans un deuxième sous-ensemble, on tend plutôt à minimiser les coûts: il faut réduire le risque, les échanges sont réduits, tant au sein du couple qu'avec l'extérieur. Pourquoi alors rester ensemble ? Parce que la rupture constituerait l'affrontement de l'inconnu. Dans ce sous-ensemble, la divortialité est réduite. On attribue souvent ce modèle à des couples plus anciens, encore qu'il puisse s'agir d'une erreur de perspective. Dans les deux sous-ensembles, malgré l'apparente opposition, les conjoints estiment que leurs propres objectifs sont prioritaires.

2.18. Dans le premier sous-modèle, l'enfant est d'abord un bien. La qualité importe toutefois plus que la quantité. Dans le second sous-modèle, l'enfant est d'abord un risque. Dans les deux cas, la fécondité est très faible. Elle se limite souvent à un seul enfant. Les parents donnent à l'enfant ce qui lui est dû: une bonne éducation, le respect de ce qu'il demande, pourvu que ce ne soit pas exorbitant. En échange (puisqu'il s'agit d'une association), l'enfant doit sa gentillesse, son charme. Il convient qu'il comprenne qu'il n'est pas le pôle exclusif de la famille. Il est partenaire à la part entière, mais il faut lui rappeler qu'il existe un règlement au sein du club. Le paradoxe est évidemment que d'habitude les adultes seuls déterminent les règles. On cherchera donc un arbitrage: c'est ce modèle qui induit l'affirmation des droits de l'enfant et l'émergence de procédures contre les parents.

2.19. L'institution-loi est en principe rejetée car elle constitue une menace pour l'autonomie de la volonté et contredit le caractère éminemment résiliable du projet familial.

§ 5. La famille-histoire

2.20. Au sein de la famille-histoire, modèle qui, aux yeux de Louis Roussel, représente certainement l'idéal, la relation de couple évolue d'une collusion amoureuse à une volonté délibérée de poursuivre la rencontre. Le sentiment se fait histoire. Les partenaires reconnaissent la difficulté de se trouver. Ils quittent le compagnon imaginé pour le conjoint éprouvé. Ce type de projet familial nécessite forcément le long terme. Le bonheur est à crédit, il repose sur une croyance dans l'avenir. Dans la durée, des changements interviennent tout au long du pacte conjugal.

2.21. On aura compris que la divortialité est réduite au sein de la famille-histoire, mais elle n'est pas exclue. L'histoire peut paraître définitivement compromise ou aboutir à une impasse. Le «crédit-temps» accordé à l'autre diminue cependant le risque de rupture.

2.22. L'enfant reprendra à son compte la résolution d'exister dans la durée. On lui reconnaîtra volontiers son autonomie, parce qu'il est lui-même une histoire ouverte. L'éducation consistera surtout à l'aider à construire son propre roman. Il n'est pas rare, dans la famille-histoire, de constater la présence de trois ou quatre enfants. La conscience d'une parentalité définitive réduit aussi le risque de divorce.

2.23. Roussel ne parle guère du rapport de la famille-histoire à l'institution et à la loi. Sans doute faut-il considérer que son rapport au droit est lui aussi capable d'évoluer, de se construire, tour à tour de s'y appuyer ou de le transcender.

Section 3

Les familles occidentales actuelles¹

Quelques observations peuvent être formulées au sujet de l'évolution récente des familles d'Europe occidentale, sans prétendre évidemment à l'exhaustivité.

3.1. La notion de famille s'est rétrécie si l'on considère le nombre des individus qui la composent, elle s'est élargie quant aux réalités sociales qu'elle vise, même si le modèle-type, qui correspond fondamentalement à la famille façonnée par une philosophie et une économie libérale, est moins pluriel qu'on le dit habituellement².

3.2. Le concept actuel de famille est sans aucun doute lié à l'individualisme et à une certaine idée de la liberté: pouvoir choisir sans entrave. Tous les choix semblent possibles: celui du partenaire, y compris de son sexe, de la séparation, du moment où des enfants seront conçus, de leur nombre, bientôt sans doute de leur sexe ...

Non seulement on peut choisir, mais on doit choisir, ce qui fait partie des problèmes ...

3.3. La volonté est principalement conditionnée par le sentiment et l'affection. Les relations familiales gagnent en intensité, mais aussi en fragilité. Les membres de la famille, spécialement les adultes encore une fois, revendiquent le droit primordial de rechercher le bonheur.

3.4. Le nombre de mariages est en diminution, le nombre d'enfants nés de parents non mariés en augmentation corrélative. Le nombre de divorce est en augmentation vertigineuse.

3.5. La natalité est en baisse. On admet que pour le renouvellement de la population, chaque femme en âge de procréer doit avoir en moyenne 2,1 enfant. La Belgique est passée en-dessous de ce seuil en 1973. Le taux actuel (les derniers chiffres datent de 2005) serait de 1,78 enfant par femme.

3.6. Les modèles familiaux présentent une grande fluidité, une interchangeabilité des membres («familles-mosaïques»). Le facteur de cohésion se trouve dans la

¹ Voir, entre autres, M.-Th. CASMAN *et alii* (dir.), *Familles plurielles. Politique familiale sur mesure?*, Bruxelles, éd. Luc Pire, 2007.

² Voir J. FIERENS, «Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge», *J. dr. jeun.*, liv. 278, octobre 2008, pp. 23-31.

convergence des volontés individuelles, spécialement, et sans doute uniquement, dans celles des adultes.

3.7. A certains égards se manifeste un rétrécissement du parental au conjugal. La place de l'enfant est ambiguë. Le risque est d'en faire un adulte miniature, réputé capable des choix que faisaient traditionnellement ses parents ou ses éducateurs à sa place. Le droit y contribue notamment par la consécration des droits de l'enfant, ou l'émergence du «droit scolaire», par exemple.

3.8. Les conceptions actuelles de la famille impliquent une recherche d'égalité en droit, sinon en fait, entre hommes et femmes, et entre enfants quelle que soit la nature de leur filiation. Les droits des mères ont été renforcés (accord pour la reconnaissance paternelle, avortement,...). Les pères sont manifestement de nos jours en recherche d'identité. Les rôles sociaux sont cependant encore marqués par le sexisme. Si les femmes occupent un emploi presque aussi fréquemment que les hommes, seul 7% des hommes interrogés en 1992-2002 disaient «s'occuper du linge», par exemple...

3.9. Le progrès des sciences a influencé la conception de la famille par la maîtrise de la fécondité ou par les possibilités de manipulations génétiques. Le rôle de la volonté individuelle s'en trouve encore renforcé. L'augmentation de l'espérance de vie, due notamment aux progrès de la médecine, modifie les rapports entre générations.

3.10. Les familles actuelles n'ont plus autant qu'avant d'enracinement géographique précis et durable. Les mariages internationaux, voire «intercontinentaux», accentuent le phénomène.

3.11. Au pôle opposé de l'individu se développe la référence à l'Etat, entendu ici au sens large de puissance publique centralisée ou décentralisée. Face à l'individualisme, et souvent pour compenser certains de ses effets néfastes, le rôle des pouvoirs publics s'accroît. Ainsi, la sécurité sociale fournit des moyens de subsistance ou des allocations familiales, prend en charge les personnes âgées ou les personnes handicapées. Le rôle des groupes intermédiaires entre la famille restreinte et la société politique dans son ensemble s'est affaibli (famille-souche, communauté villageoise, p. ex.).

3.12. Des sociétés où l'immigration est forte oublient toutefois la présence en leur sein de modèles familiaux très différents (Maghreb, Afrique subsaharienne), ou les jugent avec un mépris peu acceptable.

0.1. La cohabitation de fait, prise au sens de concubinage et souvent qualifiée d'«union libre», est l'état de deux personnes qui vivent ensemble et qui ont entendu donner à leur union un caractère durable. Elle ne vise pas les relations occasionnelles qui n'ont aucunement pour objectif de créer un ménage, même si la liaison présente une relative permanence, car il manque un élément essentiel constitué par l'unité du couple entraînant la vie commune, ni la «cohabitation juvénile» ne présentant aux yeux des partenaires aucun caractère de durabilité malgré les serments d'amour qui peuvent être murmurés, ni la «cohabitation pré-nuptiale», puisque dans ce cas, dans l'esprit des partenaires, la situation d'union libre ne doit pas subsister, ni la cohabitation entre ex-époux s'étant réconciliés ou peut-être n'ayant jamais interrompu la vie commune, ni la polygamie, telle que reconnue par certaines législations étrangères, puisqu'elle constitue une forme de mariage.

Chapitre 2

L'évolution de la cohabitation de fait

Jacques FIERENS

Avocat

Professeur extraordinaire à l'Université de Namur

Professeur à l'Université de Liège

Texte rédigé au 15 juillet 2010

0.1. Au départ, le droit belge ne reconnaissait pas cette forme de vie en couple («Les concubins ignorent la loi, la loi les ignore», aurait dit Napoléon) considérée comme contraire aux bonnes mœurs. Le concubinage a cependant été de mieux en mieux toléré.

0.2. La reconnaissance d'effets juridiques possibles à une situation de pur fait s'est construite par le biais du droit social et du droit de la responsabilité civile. La sécurité sociale a été la première à reconnaître aux personnes habitant sous le même toit et partageant les charges d'un même ménage certains droits dans les secteurs des accidents du travail, des soins de santé, des allocations familiales ou du chômage. En matière de responsabilité civile, dès 1967, la Cour de cassation a décidé qu'un concubin pouvait être indemnisé du dommage tant moral que matériel résultant du décès de son partenaire par la faute d'un tiers. Elle a reconnu le caractère licite et certain du dommage du concubin et a estimé qu'une relation hors mariage n'impliquait pas nécessairement que l'avantage obtenu par les partenaires dans cette vie commune est illicite¹. Elle a ensuite précisé que si l'époux qui se prétend offensé peut se prévaloir du caractère illicite des relations adultères entretenues par son conjoint, il n'appartient pas à l'auteur responsable du décès de celui-ci de faire valoir cet élément pour se soustraire aux conséquences civiles de sa faute².

0.3. D'autres législations plus récentes vont dans le même sens. La loi du 20 septembre 1998 sur les funérailles et sépultures prévoit que le concubin survivant peut, après le décès de son partenaire, et pour autant que l'existence du ménage de fait soit prouvée, solliciter une concession commune dans un cimetière. En matière fiscale, le décret du Parlement flamand du 1^{er} décembre 2000³ a assimilé les cohabitants légaux aux époux pour le taux des droits de succession, et a rendu le même régime applicable aux «cohabitants de fait» après un an de cohabitation.

¹ Cass., 26 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, 1260.

² Cass., 1^{er} février 1989, *Pas.*, 1989, I, 582; voir aussi Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, 694.

³ *M.B.*, 11 janvier 2001.

0.1. Si le Code civil et le Code judiciaire sont muets sur la cohabitation de fait, il en va ainsi *a fortiori* sur sa rupture.

La médiation familiale peut cependant trouver place dans ce type de litige (voir *supra* Titre préliminaire).

Par son arrêt n° 24/2002 du 23 janvier 2002¹, la Cour d'arbitrage dit pour droit que l'article 1479, alinéa 3, du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il dispose que le juge de paix ordonne les mesures urgentes et provisoires justifiées par la cessation d'une cohabitation légale, mais n'accorde pas à ce juge la même compétence si aucune déclaration de cohabitation légale n'a été faite.

Aucune procédure n'est nécessaire pour mettre fin à un concubinage. Les concubins peuvent à tout moment décider ensemble ou unilatéralement de mettre fin à la vie commune. Aucune juridiction ne s'est vu attribuer de compétence particulière pour trancher les litiges liés à la rupture du concubinage. Les règles de droit commun relatives à la compétence *ratione materiae* en matière de droit de la famille s'appliquent:

- le juge de paix peut être saisi sur la base de l'article 591, 7°, du Code judiciaire pour le contentieux lié aux pensions et contributions alimentaires ainsi que pour les contestations relatives aux lieux occupés sans titre ni droit (art. 591, 1°, du Code judiciaire);
- le tribunal de la jeunesse est compétent pour connaître de toutes les questions liées aux modalités d'hébergement et d'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs (art. 373 et 374, § 1^{er} *in fine*, du Code civil), à l'administration de leurs biens (art. 376 *in fine* du Code civil) ainsi que, par connexité (art. 30 du Code judiciaire), des contestations liées à l'octroi d'une contribution alimentaire;
- le juge des référés pourrait également être saisi pour toute demande urgente au sens de l'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire;
- le tribunal de première instance connaît, sur la base de sa compétence ordinaire, de toutes les questions qui ne sont pas réservées par la loi à une autre juridiction (art. 568, al. 1^{er} du Code judiciaire) (partage des meubles, partage des dettes, sortie d'indivision...).

¹ C.A. n° 24/2002, 23 janvier 2002 (question préjudicielle), *Div. Act.*, 2002, liv. 3, 43, note; *J.L.M.B.*, 2002, liv. 15, 620, note D. PIRE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, liv. 4, 710.

0.1. Art. 1475 du Code civil

§ 1^{er}. Par «cohabitation légale», il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476.

§ 2. Pour pouvoir faire une déclaration de cohabitation légale, les deux parties doivent satisfaire aux conditions suivantes:

1° ne pas être liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale;

2° être capables de contracter conformément aux articles 1123 et 1124.

Art. 1476, § 1^{er}, du Code civil

§ 1^{er}. Une déclaration de cohabitation légale est faite au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile commun.

Cet écrit contient les informations suivantes:

1° la date de la déclaration;

2° les noms, prénoms, lieu et date de naissance et signatures des deux parties;

3° le domicile commun;

4° la mention de la volonté des parties de cohabiter légalement;

5° la mention de ce que les deux parties ont pris connaissance préalablement du contenu des articles 1475 à 1479;

6° le cas échéant, la mention de la convention visée à l'article 1478, conclue entre les parties.

L'officier de l'état civil vérifie si les deux parties satisfont aux conditions légales régissant la cohabitation légale et acte, dans l'affirmative, la déclaration dans le registre de la population.

L'article 64, §§ 3 et 4, s'applique par analogie aux actes d'état civil et aux preuves qui, le cas échéant, sont demandées afin de justifier qu'il est satisfait aux conditions légales.

0.2. La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, a institué pour le couple qui le souhaite un autre statut juridique légal que le mariage.

0.3. L'aboutissement de cette loi est le résultat d'un compromis politique de l'époque, visant à offrir aux couples de même sexe un statut destiné à assurer leur reconnaissance sociale et une certaine protection juridique, tout en ouvrant aussi cette possibilité aux couples hétérosexuels qui préféreraient ne pas adhérer à l'institution du mariage.

0.4. Le législateur décida de se limiter à un régime juridique qui ne relèverait pas de l'état des personnes, mais serait strictement patrimonial. C'est ce qui explique d'ailleurs que la réglementation de la cohabitation légale figure dans le Livre III du Code civil, où elle fait l'objet d'un nouveau Titre *Vbis*, situé après celui consacré aux régimes matrimoniaux.

I.II.1.0. – INTRODUCTION

0.5. La cohabitation légale est ouverte à deux personnes (mais pas plus), quel que soit leur sexe, qui partagent ou souhaitent partager une vie commune.

0.6. Les deux seules restrictions posées à l'adoption de ce statut sont l'absence, dans le chef de chacun des partenaires, d'un mariage ou d'une autre cohabitation légale et l'exigence de la capacité juridique (art. 1475, § 2, du Code civil).

0.7. Par contre, la loi n'a posé aucune condition liée à l'absence de lien de parenté. La cohabitation légale peut donc réunir des personnes n'entretenant que des relations d'affection (frères et sœurs par exemple).

0.8. Le statut de la cohabitation légale procède d'une déclaration effectuée par les deux cohabitants au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil (art. 1476, § 1^{er}, du Code civil).

0.9. Cette déclaration n'ayant pas le moindre effet sur l'état de la personne, elle ne fait pas l'objet d'un acte de l'état civil, mais seulement d'une mention dans les registres de la population.

0.10. Notons au passage qu'en application de la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, les «registres de la population» visent:

- 1° des registres de la population dans lesquels sont inscrits au lieu où ils ont établi leur résidence principale, qu'ils y soient présents ou qu'ils en soient temporairement absents, les Belges et les étrangers admis ou autorisés à séjourner plus de trois mois dans le Royaume, autorisés à s'y établir, ou les étrangers inscrits pour une autre raison conformément aux dispositions de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, à l'exception des étrangers qui sont inscrits au registre d'attente;
- 2° un registre d'attente dans lequel sont inscrits au lieu où ils ont établi leur résidence principale, les étrangers qui introduisent une demande d'asile et qui ne sont pas inscrits à un autre titre dans les registres de la population.

0.11. Le Registre national des personnes physiques, institué au sein du Service public fédéral Intérieur, tient en outre un fichier central des cartes d'identité et un fichier central des cartes d'étranger. Ces fichiers portent respectivement le nom de «Registre des cartes d'identité» et de «Registre des cartes d'étranger».

0.1. Art. 1475 du Code civil

§ 1^{er}. Par «cohabitation légale», il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476.

§ 2. Pour pouvoir faire une déclaration de cohabitation légale, les deux parties doivent satisfaire aux conditions suivantes:

1° ne pas être liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale;

2° être capables de contracter conformément aux articles 1123 et 1124.

Art. 1476, § 1^{er}, du Code civil

§ 1^{er}. Une déclaration de cohabitation légale est faite au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile commun.

Cet écrit contient les informations suivantes:

1° la date de la déclaration;

2° les noms, prénoms, lieu et date de naissance et signatures des deux parties;

3° le domicile commun;

4° la mention de la volonté des parties de cohabiter légalement;

5° la mention de ce que les deux parties ont pris connaissance préalablement du contenu des articles 1475 à 1479;

6° le cas échéant, la mention de la convention visée à l'article 1478, conclue entre les parties.

L'officier de l'état civil vérifie si les deux parties satisfont aux conditions légales régissant la cohabitation légale et acte, dans l'affirmative, la déclaration dans le registre de la population.

L'article 64, §§ 3 et 4, s'applique par analogie aux actes d'état civil et aux preuves qui, le cas échéant, sont demandées afin de justifier qu'il est satisfait aux conditions légales.

0.2. La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, a institué pour le couple qui le souhaite un autre statut juridique légal que le mariage.

0.3. L'aboutissement de cette loi est le résultat d'un compromis politique de l'époque, visant à offrir aux couples de même sexe un statut destiné à assurer leur reconnaissance sociale et une certaine protection juridique, tout en ouvrant aussi cette possibilité aux couples hétérosexuels qui préféreraient ne pas adhérer à l'institution du mariage.

0.4. Le législateur décida de se limiter à un régime juridique qui ne relèverait pas de l'état des personnes, mais serait strictement patrimonial. C'est ce qui explique d'ailleurs que la réglementation de la cohabitation légale figure dans le Livre III du Code civil, où elle fait l'objet d'un nouveau Titre *Vbis*, situé après celui consacré aux régimes matrimoniaux.

I.II.1.0. – INTRODUCTION

0.5. La cohabitation légale est ouverte à deux personnes (mais pas plus), quel que soit leur sexe, qui partagent ou souhaitent partager une vie commune.

0.6. Les deux seules restrictions posées à l'adoption de ce statut sont l'absence, dans le chef de chacun des partenaires, d'un mariage ou d'une autre cohabitation légale et l'exigence de la capacité juridique (art. 1475, § 2, du Code civil).

0.7. Par contre, la loi n'a posé aucune condition liée à l'absence de lien de parenté. La cohabitation légale peut donc réunir des personnes n'entretenant que des relations d'affection (frères et sœurs par exemple).

0.8. Le statut de la cohabitation légale procède d'une déclaration effectuée par les deux cohabitants au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil (art. 1476, § 1^{er}, du Code civil).

0.9. Cette déclaration n'ayant pas le moindre effet sur l'état de la personne, elle ne fait pas l'objet d'un acte de l'état civil, mais seulement d'une mention dans les registres de la population.

0.10. Notons au passage qu'en application de la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, les «registres de la population» visent:

- 1° des registres de la population dans lesquels sont inscrits au lieu où ils ont établi leur résidence principale, qu'ils y soient présents ou qu'ils en soient temporairement absents, les Belges et les étrangers admis ou autorisés à séjourner plus de trois mois dans le Royaume, autorisés à s'y établir, ou les étrangers inscrits pour une autre raison conformément aux dispositions de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, à l'exception des étrangers qui sont inscrits au registre d'attente;
- 2° un registre d'attente dans lequel sont inscrits au lieu où ils ont établi leur résidence principale, les étrangers qui introduisent une demande d'asile et qui ne sont pas inscrits à un autre titre dans les registres de la population.

0.11. Le Registre national des personnes physiques, institué au sein du Service public fédéral Intérieur, tient en outre un fichier central des cartes d'identité et un fichier central des cartes d'étranger. Ces fichiers portent respectivement le nom de «Registre des cartes d'identité» et de «Registre des cartes d'étranger».